

SISTEMA DA JUSTIÇA CRIMINAL: A LÓGICA ATUAÇÃO NOS CRIMES SEXUAIS E DE LESÃO CORPORAL EM QUE A MULHER É VÍTIMA

CRISTINA C. PACHECO

Bacharel em Direito pela UFSC. Pesquisadora do CPNq no período de 1995 a 1996, no qual realizou pesquisa orientada pela professora que subscreve.

JOSIANE ROSE PETRY VERONESE

Professora Titular do Departamento de Direito Público e Ciência Política (DPC) da UFSC. Ministra, nesta instituição, as disciplinas Direito da Criança e do Adolescente e Criminologia. Pesquisadora do CPNq e Chefe do DPC. Doutora em Direito.

Resumo: O presente artigo estuda a temática da violência contra a mulher, tendo como ponto de partida o Sistema da Justiça Criminal. Analisa a sua lógica de funcionamento através de duas instâncias: o Código Penal - referindo-se apenas aos crimes sexuais e de lesão corporal cuja vítima é a mulher - e o Poder Judiciário. Parte do pressuposto que tal sistema consiste num meio de reprodução seletiva e desigual de agentes e comportamentos que, ao invés de tutelar, duplica a violência contra a mulher.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O Processo de Seletividade do Sistema Penal; 3. A Distribuição Desigual da Criminalidade no Sistema da Justiça Criminal; 3.1. No Código Penal Brasileiro de 1940; 3.1.1. Formação dos Tipos Penais no Código Penal de 1940; 3.2. Nos

Crimes Sexuais; 3.3. No Poder Judiciário Brasileiro; 4. Algumas Considerações Finais; 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar como o sistema da Justiça criminal - enquanto um subsistema de controle social - atua nos crimes sexuais e de lesão corporal, objeto deste trabalho, nos quais a mulher é vítima. Ele parte da hipótese de que as normas jurídico-penais servem como condicionantes da manutenção de uma classe dominante, enquanto instrumento necessário ao processo de legitimação desta classe no poder. Tal lógica é possível de detectar nos diversos mecanismos de atuação das instituições de controle da violência, como o Poder Judiciário e a Polícia, enquanto agências formais,¹ dentre elas o Código Penal Brasileiro.

2. O PROCESSO DE SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Para abordar o tema da criminalidade e, mais especificamente, dentro do contexto deste trabalho, da violência corporal e sexual, sob a ótica da igualdade e desigualdade da Justiça, a criminologia crítica - que tem como base de estudo o paradigma da reação social - constitui um instrumento de suma importância, na medida em que fornece um acervo teórico e empírico, que importará na compreensão do funcionamento do sistema da justiça penal, como um todo, bem como de cada uma de suas agências formais, acima exemplificadas. Para isso partirá de questões assertivas, como o modo de funcionamento global do sistema penal nas sociedades capitalistas e patriarcais e, dentro do sistema penal, a lógica de tratamento dos crimes sexuais, utilizando como base o estupro e a lesão corporal.

¹ Entende-se por agências formais a Polícia, o Legislador, a Justiça e os órgãos de execução penal.

O sistema penal é constituído pelos aparelhos policial, judicial e prisional e se limita pelas leis, tutelando os bens jurídicos previstos no Código Penal e combatendo a criminalidade, *o mau* em defesa da sociedade, *o bem*. Para isso se utiliza de um sistema retributivo, através da prevenção geral e especial, pelo qual garante uma aplicação igualitária da lei penal. Acaba por criar a garantia de que a diminuição da violência passa pelo aparelho jurídico penal.²

Tem como pressuposto a criminologia tradicional que - enquanto base de uma política criminal do tipo reformista - opera, na verdade, como uma instância do sistema, contribuindo para a sua legitimação. Utiliza-se do paradigma etiológico³, o qual supõe uma noção ontológica da criminalidade, entendida como uma premissa pré-constituída às definições e, portanto, também à reação social, institucional ou não institucional, que põe em marcha essas definições.

Dessa maneira, ficam fora do objeto da reflexão criminológica tradicional as normas jurídicas ou sociais, a ação das instâncias oficiais, a reação social respectiva e, mais em geral, os mecanismos institucionais e sociais, através dos quais se realiza a definição de certos comportamentos, qualificados como criminosos.⁴

Esta criminologia, cuja função é legitimar e auxiliar o sistema penal e a política criminal oficial, tem como pressuposto a existência de uma qualidade natural de comportamentos e de sujeitos que têm uma característica que os distingue de todos os outros comportamentos e de todos os outros sujeitos: essa qualidade natural seria a criminalidade. Sendo a criminalidade uma entidade ontológica, seria possível investigar suas causas e

² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica y critica del Derecho Penal*: introducción a la Sociología jurídico penal. México, Siglo Veintiuno, 1991. p. 241.

³ . Tal paradigma contribuiu para que a criminologia tradicional se tornasse sinônimo de "ciência das causas da criminalidade". BARATTA, A. *Op. cit.*, p. 241.

⁴ BARATTA, A. *Idem, ibidem*.

colocar a ciência das causas a serviço da prática que deve combatê-la.⁵

Aplica a mesma lógica seletiva encontrada na separação de classes do sistema capitalista, num processo de verdadeira subordinação à lógica do direito penal positivo. Tem como fundamento de sua análise, primeiramente, a conduta do agente, na qual a diversidade comportamental constitui-se numa anomalia, para, posteriormente, considerar a criminologia como *dado ontológico*⁶ que deve ser estudado separadamente das questões sociais e do Direito Penal.

O seu objetivo viu-se frustrado, pois, trabalhar definições como *criminoso* e *criminalidade* sem ter como base as definições sociais e penais, sem que haja uma aplicação da lei penal pelas instâncias oficiais e, por fim, sem uma análise das reações não-institucionais, torna-se impraticável.

Para combatê-la surgiu a criminologia crítica - ou contemporânea - que, baseada em pressuposto distinto da tradicional, não considera a criminalidade como qualidade natural dos sujeitos, mas, sim, um adjetivo atribuído pelas instâncias oficiais e pela opinião pública, no processo de definição destes sujeitos e comportamentos, o que permitiu que concluísse, que conceitos como *criminoso* consistem muito mais em qualidade cultural do sujeito, na medida em que resultam de um processo de definição, que se desenvolve no interior do mecanismo ideológico pelo qual tem lugar a reprodução da realidade social.⁷ A criminologia crítica se contrapôs à tradicional na medida em que redefiniu o objeto e os termos mesmos da questão criminal, resultando na instauração de um novo paradigma.

O paradigma correspondente à criminologia crítica é da reação social ou também denominado paradigma da definição, que se

⁵ BARATTA, A. *Criminologia Crítica y crítica del Derecho Penal: uma introducción a la Sociología jurídico-penal*. p. 251.

⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e política penal alternativa*. Tradução de J. Sérgio Fragoso. In: *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, nº 23, jul./dez., 1978. p. 08.

⁷ BARATTA, A. *Criminologia Crítica y crítica del Derecho Penal*. p. 254.

consolidou frente ao paradigma etiológico, na medida em que as teorias sociológicas passaram a ocupar posição central no processo social. Este paradigma fez com que o estudo criminológico não mais partisse das causas do comportamento criminoso, mas sim das *condições, a partir das quais, em uma sociedade, as etiquetas de criminalidade e o status de criminoso são atribuídos a certos comportamentos e a certos sujeitos*.⁸ Implica a análise do processo de definição e reação social que se estende à distribuição do poder de definição e de reação numa sociedade, em relação à desigual distribuição deste poder e aos conflitos de interesses que estão na origem deste processo.

Um dos efeitos mais importantes - acolhido pela criminologia crítica, que posteriormente o transformou em objeto de estudo - inicialmente denunciado pela crítica de esquerda como próprio da *Teoria do Etiquetamento*⁹ (ou *labelling approach*), consiste em *concentrar as investigações sobre certos setores do desvio e da criminalidade, sobre os quais, de fato, se concentram, com seu funcionamento socialmente seletivo, os processos de etiquetamento e de criminalização (as camadas mais débeis e marginalizadas do proletariado urbano), pode contribuir para a consolidação do estereótipo dominante da criminalidade e do desvio, como comportamento normal destes grupos sociais, e deslocar, assim, a atenção dos comportamentos socialmente negativos da delinquência de colarinho branco e dos poderosos*.¹⁰

Com isso, a criminologia crítica está desenvolvendo o que ela denomina de *teoria materialista*, que tem como enfoque os dois pontos primordiais da questão criminal: a) as situações socialmente negativas¹¹ e b) o processo de criminalização, sem

⁸ BARATTA, A. *Criminologia crítica y crítica del Derecho Penal*. p. 243.

⁹ Teoria introduzida pelas correntes sociológicas que influenciaram e consolidaram o paradigma da reação social.

¹⁰ BARATTA, A. *Idem*, p. 244.

¹¹ Estas situações socialmente negativas são comportamentos que consistem em uma negação ou repressão das necessidades reais, as quais são a faculdade de existir, bem como de desenvolver a própria existência. BARATTA, A. *Idem*, p. 253.

deixar de contextualizá-la com as relações sociais de produção e com o processo de valorização do capital.

Conforme já visto, a criminologia crítica analisa os mecanismos e as reais funções do sistema capitalista. Ao contrário da criminologia tradicional, a Criminologia Crítica estuda as condutas criminosas, em conjunto com as relações e os valores sociais, ou seja, inter-relaciona as condutas *desviantes* com os mecanismos de controle social. Tal fato permitiu que premissas que garantem a igualdade que permeia o Direito Penal, tidas como verdadeiras, viessem por terra.

Muito embora o Direito Penal fosse considerado elemento de efetiva proteção a todos os cidadãos, de forma igualitária bem como a norma penal era aplicada de maneira igual a todos os que se comportassem da maneira considerada *anti-social*, a realidade demonstrou-se bem distinta.

Revelou-se, assim, a base discriminatória do sistema penal, pois a proteção não se dá a todos de forma igual, antes, fragmenta a sua aplicação em intensidade e interesses diversos, interesses esses que ocultam, na verdade, uma ideologia que privilegia e tutela os interesses da classe dominante - a qual se encontra imune ao processo de criminalização - acabando por condenar efetivamente aqueles que pertencem às classes subalternas.

A lei penal, esta mesma que é tida como igualitária, seleciona o seu criminoso com base no seu interesse patrimonial, processo que se dá de maneira verdadeiramente estigmatizante. Ao revelar tal lógica, a *Criminologia Crítica* posiciona-se de modo a compreender a criminalidade inserida nesta, como um filtro selecionador do criminoso e também como um processo de produção e reprodução das relações de desigualdade, além de garantir que, nestas relações, os sujeitos passivos sejam - sempre - os mesmos.

Ao sistema capitalista, tal lógica se faz importante (e, de uma certa forma, necessária à sua manutenção), pois o presidiário torna-se mão-de-obra barata, já que é marginalizado e, em grande parte, tende a ser menos habilitado que o trabalhador que se

encontra no mercado de trabalho. Em decorrência disso, a população carcerária acaba por enveredar na carreira criminal.

Algumas diferenças, além das já expostas anteriormente, podem ser detectadas entre as duas criminologias. Tomando como referência cada criminologia e o tipo de relação com o sistema penal e sua prática oficial, constata-se que, para a criminologia tradicional ambos são destinatários e beneficiários de seu saber. Já para a crítica, eles são, antes de mais nada, o objeto de seu saber, mantendo com ambos uma relação crítica, de análise e verificação (cientificamente), da própria gênese do sistema, sua estrutura, função, seus mecanismos de seleção bem como também de uma avaliação dos tipos de resposta que oferece efetivamente e dos que teria condições de oferecer, frente aos problemas sociais reais.

Outra diferença diz respeito à ausência de um caráter imediatista da criminologia crítica, ao contrário da criminologia tradicional. Por outro lado, a possibilidade de oferecer respostas, mais brevemente, estaria submetida a duas condições: a) que a transformação das relações de hegemonia possibilite que se efetive uma reforma do sistema penal, em que o interesse das classes subalternas se elevasse a uma condição de determinação dentro da estrutura penal; b) que o atraso da cultura de esquerda e do movimento operário, em relação à ideologia da classe burguesa quanto à resolução dos problemas sociais, ligados à *criminalidade*, se transforme em avanço através do processo de conscientização junto às classes subalternas, e da instauração de uma política dotada de autonomia pelo setor operário, (controle social).

Desta análise, feita entre a Criminologia Crítica e a Tradicional, é possível extrair algumas indicações teóricas, nas quais conterão indicações e princípios importantes para um novo direcionamento de uma política criminal.

A primeira consiste na introdução do estudo do problema criminal na estrutura geral da sociedade e, com particular atenção, à sociedade capitalista, na qual o presente estudo deve ser feito de maneira distinta, pois as estruturas sociais e econômicas deste modo de produção baseiam-se em profundos alicerces

dicotômicos. Consequência imediata se dá na distinção entre *política penal* e *política criminal*; a primeira está circunscrita ao âmbito estatal e a segunda como política de transformação social e institucional, no sentido amplo, ou seja, que atua e ocorre em toda a sociedade, bem como nas diversas instituições de incidência da política penal, como a polícia e o aparelho judiciário.¹²

Baratta, entretanto, não reduz o problema da política criminal às contradições que se estabelecem na relação de distribuição, onde a solução insurgente constituiria simplesmente *substitutivos penais*. De forma coerente, a política criminal deveria atuar profundamente na sociedade, transformando-a de maneira radical, e superando as relações estabelecidas pelo modo de produção capitalista.¹³

A proposta ideológica do sistema penal, de garantir uma aplicação igualitária da norma penal, é o que Baratta¹⁴ denomina *mito do Direito Penal igualitário*, o qual se expressa em duas proposições:

a) o Direito Penal protege igualmente a todos os cidadãos das ofensas aos bens essenciais, em relação aos quais todos os cidadãos têm igual interesse (princípio do interesse social e do delito natural);

b) a lei penal é igual para todos, isto é, os autores de comportamentos anti-sociais e os violadores de normas penalmente sancionadas têm *chances* de converter-se em sujeitos do processo de criminalização, com as mesmas consequências (princípio da igualdade).

Estas duas máximas têm sofrido uma crítica severa pelas Ciências Sociais, que vêm desenvolvendo estudos nas sociedades capitalistas, centrais e periféricas, que comprovam historicamente o quão longe da realidade se encontram tais afirmações, gerando

¹² BARATTA, A. *Criminologia Crítica e política penal alternativa*. p. 15.

¹³ BARATTA, A. *Idem, ibidem*.

¹⁴ BARATTA, A. *Criminologia Crítica y crítica del Derecho Penal*. p. 179.

uma crise de legitimidade no sistema penal. O que se tem, na verdade, é um sistema penal que não protege de maneira universal os direitos, mas sim seletivamente. As prisões cujos objetivos teóricos são a redução da criminalidade e ressocialização do preso, na prática contribui para a reincidência e para a criminalização do preso, ou seja, a prisão tem como função, na verdade, uma dupla reprodução,¹⁵ a reprodução da criminalidade e a reprodução das relações sociais de dominação.

O processo de seletividade do sistema penal ocorre devido a duas variáveis estruturais¹⁶. 1) incapacidade estrutural que possui o seu aparelho, em operacionalizar toda a programação da Lei penal, dada a magnitude da sua abrangência; 2) tal processo seletivo ocorre devido ao fato de se dar uma especificidade da infração e das conotações sociais dos autores, ou seja, há um direcionamento do sistema penal para determinadas pessoas preferencialmente, em detrimento do tipo de conduta cometida, isto porque, a classe dominante tem poder suficiente para impor que o sistema penal seja ineficaz, ao punir as suas condutas delituosas.

Para garantir tal processo de distribuição seletiva da criminalidade, um dos mecanismos mais eficazes apresentado é o processo de criação de *estereótipos*, tanto para os autores como para as vítimas. Geralmente são de classe social baixa, o que implica o nível social, a cor de pele etc.

Baratta¹⁷ coloca três proposições como as que mais expressam a negação radical do mito do Direito Penal igualitário: a) o Direito Penal não defende todos os bens essenciais a todos os cidadãos, e quando pune o faz com intensidade diferenciada, de modo parcial; b) a lei penal não é igual para todos. O *status* de criminoso é desigualmente distribuído entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e da distribuição do *status* de criminosos independe do

¹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Violência Sexual contra as mulheres e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina*. Florianópolis, Sequência, 1996. p. 09.

¹⁶ ANDRADE, V. R. P. de. *Idem*, p. 11.

¹⁷ BARATTA, A. *Criminologia Crítica y Crítica del Derecho Penal*. p. 179.

prejuízo que tais condutas possam causar à sociedade e do quão graves tais condutas sejam para a lei penal, pois que isso não importa na aplicação da pena e na sua intensidade. E não são somente as normas penais que criam e aplicam seletivamente o desigual tratamento de situações e sujeitos, mas também o Direito - nas diversas instâncias, como o Poder Judiciário - e o sistema penal, mais específico, contribuem, exercendo e legitimando a conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade.

Tomando a racionalidade como necessária à ciência social, desde que compatível com esta, tem-se que o conceito de racionalidade coerente com uma política criminal alternativa é o da lógica da contradição dialética.¹⁸ E, partindo desse conceito dialético de racionalidade, é possível perceber que, embora os princípios estruturais e funcionais, declarados como necessários para a organização científica do sistema penal, sejam opostos aos por ele declarados, ou seja, opostos aos utilizados no funcionamento real do sistema, tal contradição não constitui um erro cometido pelo operadores, mas sim uma ideologia, que é parte integrante do sistema penal. Tem-se com isso, que a contradição constitui um elemento importante aliado a outros elementos do sistema, cujo funcionamento se dá exatamente através desta contradição, com o fim de *assegurar a realização das funções que exerce no interior do conjunto da estrutura social*.¹⁹

Ambas as características do sistema penal - seu funcionamento desigual e seu caráter fragmentário - não consistem apenas em reflexo de uma distribuição de riquezas e recursos, que se dá de forma desigual na sociedade, assim como contribuem também para que haja uma *reprodução material das relações de subordinação e exploração*.²⁰

¹⁸ BARATTA, A. *Idem*, p. 246.

¹⁹ BARATTA, A. *Idem*, p. 179.

²⁰ BARATTA, A. *Criminologia Crítica y crítica del Derecho Penal*. p. 247.

Através da utilização de definições como *criminalidade* e *desvio* enquanto qualidades naturais, o Direito Penal acaba por reduzir de forma fragmentária e artificial os comportamentos sociais negativos e tornar nebulosa a identificação das necessidades individuais e comunitárias, que seriam passíveis de uma justificação - ou até mesmo de uma intervenção - institucional. De nada adianta também mudar as situações típicas que refletem a criminalidade para outros tipos de situação, pois que se manteriam os mesmos critérios e somente mudariam as situações sobre as quais eles incidem. Vale dizer, a saída para uma nova política criminal não se dá através da criminalização alternativa, mas sim da descriminalização, buscando uma significativa redução do sistema penal, pois aí sim, se estaria estruturando uma política criminal adequada às necessidades e interesses da sociedade.

3. A DISTRIBUIÇÃO DESIGUAL DA CRIMINALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO CRIMINAL

Como esta desigualdade e seleção ocorrem nas diversas instâncias de controle da violência, o estudo terá como enfoque principal duas delas, quais sejam: a) o Código Penal Brasileiro, a partir dos delitos de Lesão Corporal, Estupro, Atentado Violento ao Pudor, Posse sexual mediante fraude e Atentado ao pudor mediante fraude, com enfoque especial aos crimes sexuais cuja especificidade está na produção da *lógica da honestidade*; b) o Poder Judiciário, enquanto detentor da função jurisdicional, questionando o papel do juiz frente ao julgamento de crimes cuja vítima é a mulher.

3.1. NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940

Conforme já visto anteriormente, o sistema da Justiça penal consiste num sistema de controle e reprodução da violência institucional, atuando de maneira desigual e seletiva sobre as vítimas. Constitui um reflexo da violência estrutural, característica

das relações sociais capitalistas (marcada pela desigualdade de classes) e patriarcais, (na qual há desigualdade de gênero).

Para este processo de criminalização contribui sobremaneira o Código Penal de 1940, não apenas enquanto um conjunto de normas estáticas, mas com o seu dinamismo, concorrendo juntamente com as agências formais, dentre elas o Poder Judiciário.

Entrou em vigor em 1-1-42, o Código Penal Brasileiro originou-se do Decreto Lei nº 2.848, de 07/12/40. É o resultado de inúmeros projetos que tinham como objetivo reformular o código anterior.²¹ Objetivando a garantia do poder através do direito, o Estado estruturou um modelo familiar que correspondesse às propostas políticas e econômicas do momento, no qual pudesse exercer o maior controle possível.²²

Para isto os códigos (o civil e o penal, por exemplo) passaram a disciplinar não apenas a condição da mulher, (enquanto elemento essencial, atuando nos papéis de mãe, esposa, educadora e transmissora de ideologias) mas também dispensaram especial atenção à instituição *casamento*.

Esta moral se apresenta irretocável ainda hoje no Código Penal de 1940, e não se restringe apenas a ele, podendo ser identificada também nos magistrados atuais, na medida em que interpretam e aplicam a lei de modo a manter a mulher na condição de segundo sexo.

Isso é possível de se comprovar ao se analisarem os tipos penais que compõem esta pesquisa : a Lesão Corporal, prevista no art. 129 do Código Penal; o Estupro, art. 213; Atentado Violento ao Pudor, art. 214; Posse Sexual mediante fraude, art. 215 e Atentado ao Pudor mediante fraude, art. 216.

²¹ O momento histórico em que surgiu o código é particularmente significativo, pois se deu entre as duas guerras e a explosão dos regimes totalitários (fascismo na Itália e nazismo na Alemanha), ocorrendo o retorno das idéias mais primitivas no que diz respeito ao castigo e à intimidação. SILVA, Iara Ilgenfritz da. *Direito ou Punição? Representação da sexualidade feminina no Direito Penal*. Porto Alegre, Movimento, 1985. p. 45.

²² SILVA, I. I. da. *Idem*, p. 47.

Esses tipos foram escolhidos como objeto para o estudo proposto neste trabalho, por diversos fatores, que se encontram ligados diretamente à hipótese determinante deste trabalho: revelar a lógica do sistema penal na manutenção da violência contra a mulher. Quando se fala em violência não está se restringindo à física, mas também à psicológica e à moral. É no delito de *lesão corporal* que tal violência se situa, exatamente esta violência.²³

Outros delitos abordados são os de ordem sexual e, embora o ato pelo qual o agente provoca este delito, seja diferente do ato de lesão corporal, há um elemento em comum a ambos os delitos. Ao contrário do que se acredita, nos delitos sexuais o agente não procura a satisfação do seu desejo sexual, mas sim, a demonstração da capacidade de controle e domínio, enfim, a supremacia masculina em detrimento da inferioridade feminina.

3.1.1. FORMAÇÃO DOS TIPOS PENAIIS NO CÓDIGO PENAL DE 1940

Os delitos que se encontram no Código Penal possuem determinados requisitos que devem ser constituídos para que haja a existência do crime. Esses requisitos são de duas ordens:

- a) genéricos: o fato deve ser típico, vale dizer, deve ser um comportamento humano, (positivo ou negativo) que esteja previsto como infração penal, e deve ser também antijurídico, ou seja, este fato típico deve contrariar o ordenamento jurídico;
- b) específicos: o delito deve conter elementos previstos no art. 30 do Código Penal, e que expressam as diversas formas que assumem os requisitos genéricos nos tipos penais do

²³ Outros tipos penais que exprimem violência e não foram objeto de estudo, como p. ex.: o homicídio, embora seja o delito que mais evidencie, bem como seja o mais violento do Código Penal, pois nada se compara a tirar a vida de uma pessoa, pelo fato deste delito ter como dolo causar a morte da pessoa, ou seja, a intenção do agente é a morte, diferentemente do dolo do delito de lesão corporal que incide exatamente sobre a integridade física da pessoa.

Código. São eles o verbo, que descreve a conduta, o objeto jurídico, os sujeitos ativos e passivos inscritos na figura penal.

O objeto jurídico do delito é tudo aquilo contra o que se dirige a conduta criminosa, ou seja, é o bem jurídico que o Estado tem interesse de proteger pela lei penal. Sujeito ativo do crime é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico, enquanto o sujeito passivo é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa. A consumação ocorre quando o tipo está inteiramente realizado, ou seja, quando o fato concreto preenche os elementos do tipo abstrato previsto na lei.

Tais elementos são importantes, para que se tenha uma compreensão precisa da pretensão do ordenamento jurídico, na tutela de determinados bens jurídicos.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940 **PARTE ESPECIAL**

TÍTULO I - DOS CRIMES CONTRA A PESSOA DAS LESÕES CORPORAIS

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Objeto jurídico: integridade física ou psíquica do ser humano, bem individual e social.

Sujeito ativo: qualquer pessoa, homem ou mulher.

Sujeito passivo: outrem. Ou seja, homem ou mulher vivos.

Consumação: quando resulta uma integridade física ou psíquica da vítima.

Tipos de Lesão corporal previstas no Código Penal:

Lesão corporal leve: é o tipo básico, previsto no *caput* do art. 129 (já transcrito acima). Neste caso a pena é de três meses a um ano de detenção.

Lesão corporal grave: é de dois tipos:

a) em sentido estrito:

§ 1º, art. 129. Se resulta:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto;

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) meses.

b) gravíssima:

§ 2º, art. 129. Se resulta:

I - incapacidade permanente para o trabalho;

II - enfermidade incurável;

III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto;

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

TÍTULO VI - DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Estupro

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Objeto jurídico: a liberdade sexual da mulher.

Sujeito ativo: Somente o homem.

Sujeito passivo: Só a mulher (virgem ou não).

Consumação: cópula vagínica, completa ou incompleta entre homem e mulher.

Atentado violento ao pudor

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Objeto jurídico: a liberdade sexual.

Sujeito ativo: pessoas de ambos os sexos.

Sujeito passivo: qualquer pessoa.

Consumação: com a prática do ato libidinoso.

Posse sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Objeto jurídico: liberdade sexual da mulher honesta.

Sujeito ativo: homem.

Sujeito passivo: mulher honesta.²⁴

Consumação: com a conjunção carnal ainda que incompleta.

Atentado ao pudor mediante fraude

Art. 216. Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:

²⁴ MIRABETE, J. Fabrini. *Manual de Direito Penal*. Atlas, São Paulo, 7. ed. Vol. 2. p. 433: *Honesta é a mulher honrada decente, de compostura. Estão excluídas da proteção, portanto, não só as prostitutas como as promíscuas, francamente desregradas, as mulheres fáceis, de vários leitos. A razão da exclusão deve-se a maior dificuldade em se iludir a barregã e a mulher depravada, bem como o pouco relevo do coito fraudulento com tais pessoas.*

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Objeto jurídico: liberdade sexual da mulher.

Sujeito ativo: qualquer pessoa.

Sujeito passivo: mulher honesta.

Consumação: com a prática do ato libidinoso.

Vistos os tipos penais que compõem este trabalho, o item seguinte centralizar-se-á nos crimes sexuais, estudados sob o aspecto da criminologia crítica, na tentativa de possibilitar a compreensão da lógica, da honestidade, inerentes a estes delitos.

3.2. NOS CRIMES SEXUAIS

A violência institucional do sistema penal se dá através da reprodução da violência estrutural das relações sociais capitalistas e patriarcais bem como dos estereótipos que esta sociedade cria e que se manifestam da mesma forma no sistema penal. No que se refere aos crimes sexuais, a *lógica da honestidade*, muito embora não faça parte dos elementos de alguns tipos penais vistos, está presente neles também, o que torna interessante a realização de um estudo pormenorizado. Somam-se o fato de que nestes delitos a presença dos estereótipos, acima referidos, é mais claramente identificável.

Uma outra questão, que também é interessante analisar, diz respeito à luta travada pelo movimento feminista, em busca de penas mais severas em determinados delitos, bem como a inserção de novos tipos penais, como o assédio sexual. Será que tais medidas realmente constituem ações efetivas, na contenção da violência feminina ou será que possuirão um efeito inverso, qual seja, de aumento do processo de vitimização, sem que afete diretamente o índice de ocorrência destes tipos de delitos?

A análise proposta acima - no que se refere às condutas sexuais - encontra-se inserida num movimento de questionamento do próprio Código Penal, e de sua Parte Especial, no sentido da descriminalização e despenalização das condutas tipificadas como crime (adultério, sedução por inexperiência, casa de prostituição,

aborto etc.), bem como da criminalização de condutas, até então não enquadradas na categoria delituosa, (principalmente assédio sexual).²⁵ Tendo como prisma a existência de sincronia ou não das relações entre as mulheres e o sistema penal, ou seja, a dificuldade que há em compatibilizar a lógica das mulheres com a lógica do sistema penal e do Direito.

A criação de centros de defesa para mulheres, bem como das Delegacias de Mulheres em todo o país, a partir da década de 70, revelaram uma significativa incidência de maus-tratos e violência sexual, o resultado obtido foi bem maior do que o esperado. Isso permitiu que a sociedade tivesse conhecimento de números e cifras que até então pertenciam à cifra negra da criminalidade brasileira. Tal publicização gerou uma série de campanhas de mobilização que resultam, hoje, na luta em converter algumas condutas em típicas e destipificar outras.

A conversão de condutas é denominada neocriminalização, contrária à tendência de descriminalizar que vem ocorrendo em diversos países da Europa e América do Sul, e que se baseia na *função simbólica do Direito Penal*, principal argumento utilizado pelo movimento feminista europeu e norte-americano, função esta que busca a garantia de que o Direito Penal irá primar e tutelar efetivamente os valores da nova moral feminista.²⁶ Função simbólica porque o interesse principal não é nem o castigo e tampouco o cumprimento da pena, mas sim a utilização do Direito Penal como instrumento declaratório de que tais condutas são tão pública e socialmente intoleráveis quanto as dos homens.

Assim, através da publicização de tais condutas, busca-se atingir a sociedade, estimulando, primeiramente a discussão e a conscientização da população, para que, posteriormente, ocorra uma mudança da percepção pública.

O movimento feminista brasileiro posiciona-se frente a esta nova forma de criminalização de maneira diversa da dos outros

²⁵ ANDRADE, V. R. P. de. *Op. cit.* p. 01.

²⁶ ANDRADE, V. R. P. de. *Op. cit.*, p. 03.

movimentos, pois seu interesse imediato é a punição dos homens - função retribucionista -, embora também acreditem que o enquadramento de tais condutas como típicas, levará a uma mudança de conscientização e de alteração da conduta masculina, em relação à violência exercida contra a mulher. Grande parte das propostas apresentadas pelo governo, expostas no artigo citado inicialmente, constituem uma conquista da luta travada pelas feministas, à frente o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), como, p. ex.: a inserção de tais tipos penais na categoria de Crimes contra a Pessoa e não Contra os Costumes.

O sistema penal é um sistema de controle seletivo social e diferenciador (de homens e mulheres), além de ainda ser um sistema de violência institucional, que atingirá também a família da vítima, fator que contribui para a duplicação da violência - a mulher passa a ser vítima, além da violência sexual, da violência institucional -, ao contrário da proteção que busca alcançar. Isso porque:

O sistema da justiça penal ou sistema penal, salvo situações contingentes e excepcionais, não apenas é um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência sexual como também duplica - respondendo ao interrogante formulado no título - a violência exercida contra ela e divide as mulheres, sendo uma estratégia excludente que afeta a própria unidade do movimento. Conseqüentemente, nenhuma das referidas vias da construção da igualdade e da diferença feminina podem buscar-se através do sistema penal (seja mediante um uso simbólico declaratório, retributivo ou qualquer outro).²⁷

A Criminologia contemporânea, durante muito tempo, foi estudada, sem que nenhuma referência fosse feita acerca das relações de gênero, baseando-se para a desigualdade o confronto das sociedades de classes produzido pelo capitalismo.

²⁷ ANDRADE, V. R. P. de. *Op. cit.*, p. 04.

Mais recentemente, houve um redimensionamento da teoria criminológica, com a inserção de tais valores dentro das análises, introduzindo categorias como o patriarcado, as relações de gênero.

Essas novas categorias acarretaram numa nova perspectiva da análise criminológica, pois sustentam como âmago da opressão feminina, não apenas a sociedade capitalista, mas algo que a precede e tem base distinta, produto da estrutura patriarcal da sociedade. Ou seja, a opressão feminina não é apenas gerada pela estrutura capitalista, mas também pelo patriarcado, operando também em sociedades que possuem outro sistema econômico.

A análise da vitimização da mulher é de suma importância para a compreensão do Direito Penal: primeiramente, questionando-se a maneira como este a trata e a enxerga, e depois, analisando o quão *masculino* é este instrumento.²⁸

Conforme já dito anteriormente, os Centros de Proteção e as Delegacias femininas contribuíram para que se dimensionasse a violência feminina, contribuindo para um processo de neocriminalização. Também serviram como instrumento para a criação de três novas teses sobre o estupro (que servirá como referência aos crimes sexuais). São elas: 1) crimes sexuais constituem atitudes de uma maioria normal e não de uma minoria anormal; 2) a violência sexual não é voltada para a satisfação do prazer sexual; 3) nos crimes sexuais, se julgam pessoas (autor e ré) ao contrário da conduta cometida, partindo de estereótipos tanto de estuprador quanto da vítima.

Os estudos realizados demonstram que, ao contrário do que prevêm os estereótipos, nos crimes de estupro, vítima e ofensor se conhecem na maioria das vezes. Em sua grande parte, tal delito é praticado nas relações de parentesco, profissionais e de amizade em geral (maridos, chefes, amigos) e não por homens *anormais*. Em menor escala é praticado por estranhos.²⁹ O sujeito passivo nas denúncias feitas, envolve desde vítimas com pouco meses de

²⁸ ANDRADE, V. R. P. de. *Idem*, p. 16.

²⁹ Pesquisa realizada no 6o. DP por esta acadêmica, contém dados significativos sobre este delito.

idade, até sexa ou octogenárias,³⁰ muito embora sua grande incidência seja contra as jovens.

Neste crime, conforme já falado, o que está em questão não é o prazer sexual, mas sim a agressão que está sendo cometida. O agressor utiliza o sexo, da mesma forma que o faz com a violência: intimida a mulher. Somada às agressões físicas, os maus-tratos, incesto dentre outros, revela uma estrutura de poder existente entre o homem e a mulher.

O Estupro constitui-se, portanto, num *ato pseudo-sexual*,³¹ comprometido sobremaneira com o *status*, com a capacidade de controle e domínio, ou seja, com a supremacia masculina, em detrimento da inferioridade da mulher, do que com o prazer ou a satisfação sexual, o que retira da mulher o peso de ser sempre a provocadora, o agente causador - única e exclusivamente - de tal delito.

Apesar de estudos científicos comprovarem o contrário, persiste ainda o mito no imaginário social, de que o estupro é cometido por anormais, geralmente estranhos, valorizando sobremaneira o encontro sexual e o coito vaginal, em detrimento da violência. Isso porque *é mais fácil etiquetar como estupro a conduta cometida por um estranho, na rua, que a realizada pelo chefe ou pelo marido*.³²

Há uma lógica que circunda os crimes sexuais, específica para este tipo de delito, a *lógica da honestidade*, e baseia-se, essencialmente, na reputação sexual da vítima. Prevista no Código Penal, no título *Dos Crimes contra os Costumes*, vários delitos prevêem como vítima que a mulher seja *honesta* (expressão extremamente subjetiva). E nos outros crimes sexuais que não incluem tal expressão, esta encontra-se inserida, e somente as mulheres honestas é que podem ser vítimas de estupro. Tal lógica

³⁰ ANDRADE, V. R. P. de. *Op. cit.*, p. 17.

³¹ ANDRADE, V. R. P. de. *Idem, ibidem*.

³² ANDRADE, V. R. P. de. *Idem*, p. 18.

conduz a um processo seletivo da conduta da vítima, e não apenas dela, como também do agente ativo.

Dessa forma, o julgamento de um crime sexual – inclusive, e especialmente, o estupro – não é uma arena na qual se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina, nem tampouco onde se julga o homem pelo seu ato. Trata-se de um local no qual se julgam, simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima; o seu comportamento, a sua vida pregressa. E em que está em jogo, para a mulher, a sua inteira *reputação sexual* que é – ao lado do *status* familiar – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina, quanto a variável *status* social o é para a criminalização masculina.

Essa lógica da honestidade – que envolve a mulher que possui uma conduta ilibada, comprometida com valores como o casamento, a constituição da família, além da reprodução legítima – tende a gerar uma inversão de papéis e do ônus da prova: embora seja a vítima quem ingresse no Judiciário na maioria das vezes – por se tratarem de crimes em que, regra geral, a iniciativa de promover a ação é privativa da mulher – é ela mesma que tem de provar a moral da sua conduta sexual, ao invés do acusado, o que revela a visão masculina da lei, da polícia e da Justiça.³³

Como se pode constatar, o que se protege é a moral sexual da mulher e não a sua liberdade sexual feminina. O que se tem é um sistema penal ineficaz, ao cumprir o objetivo de proteger o livre exercício da sexualidade feminina e o domínio do seu próprio corpo.

De acordo com Andrade,³⁴ a crítica ao sistema penal admite três níveis: a) fraco: a ineficácia do sistema penal em proteger a mulher contra a violência, porque não previne novas formas de violência, não escuta os interesses das vítimas, não contribui para alterar o papel sexual da mulher; b) forte: o sistema penal é forte

³³ ANDRADE, V. R. P. de. *Op. cit.*, p. 20.

³⁴ ANDRADE, V. R. P. de. *Op. cit.*, p. 22.

porque duplica a vitimação feminina, porque as mulheres são submetidas a julgamento e divididas. Além da violência física ocorrida, quando ingressa no sistema penal - o qual ela acredita ser eficaz - passa por um processo de humilhação e discriminação, o que nada mais é do que a própria violência institucionalizada, que reproduz a violência estrutural das relações patriarcais; c) fortíssimo: sistema penal expressa e reproduz, sob a ótica da moral sexual, a grande linha divisória entre as mulheres consideradas honestas e as outras, atribuindo apenas às primeiras a capacidade de vitimização.

Respondendo a algumas perguntas inicialmente colocadas, devido ao fato de que as lógicas da *seletividade* e da *honestidade* serem marcas estruturais para que se perpetue a relação de dominação do sistema penal, criminalizar novas condutas, como o assédio sexual, não se apresenta como uma saída para libertar as mulheres de tal violência.

3.3. NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A análise do ordenamento penal tende a revelar as reais funções do sistema capitalista, através do processo de seletividade existente nos mecanismos institucionais de definição de estereótipos de vítima e agressor. Este processo ocorre devido a ações das diversas instâncias oficiais, que se ligam diretamente ao Poder Judiciário. Este é um dos poderes do Estado, que instrumentaliza e aparelha o sistema penal e que, antes mesmo disso, serve ao próprio Estado, na manutenção e legitimação do *status quo*.

O Direito é um meio de controle social, através de instrumentos repressivos e coercitivos. Nas sociedades industriais avançadas, este tipo de controle social sofre uma redução com o uso dos meios de comunicação de massa, que, ao contrário da coercitividade do Direito, ocorre de forma persuasiva, pois que se dá através do condicionamento psicológico.

Para que o Poder Judiciário possa se adequar aos novos direitos sociais, que se afirma quando da promulgação de leis que contenham tais caracteres, deve se postar de maneira diversa da

feita, em relação aos direitos individuais. Isso porque nos direitos individuais o que se busca é apenas impedir a violação destes. Entretanto, ao analisar a tendência atual do Estado em se desvincular dos preceitos sociais, num processo denominado de neo – liberalismo, não se estaria imbuindo o Estado de mais uma tarefa, a qual talvez ele não venha cumprir, ou seja, não se estaria aumentando esta superestrutura já existente. Criar uma expectativa de aumento de funções estatais, no momento em que tal Estado vem se desatrelando daquelas que se propôs a cumprir, parece de certa forma contraditório.

Na busca de se adequar às mudanças sociais emergentes, em que é possível detectar a presença de um conjunto de categorias e valores, que tendem a excluir os novos sujeitos e seus interesses, as alterações que deve assumir o Poder Judiciário afetam diretamente o seu principal elemento constituidor - ao menos, o mais visível de todos - o juiz, ainda que não somente este, pois que há uma necessidade de adequação e modernização material.

Mas é a formação do juiz que poderá tornar eficaz a transformação que busca o Judiciário. Implica, impreterivelmente, o rompimento com o legalismo exacerbado e formal, que circunda o tradicionalismo jurídico, através de uma atitude que efetivamente tenha um compromisso com a realidade. O contrário conduz à ineficácia da prestação jurisdicional.

Numa sociedade em que os sujeitos portadores de necessidades são selecionados conforme estereótipos, processo semelhante ocorre no Judiciário, em que os padrões comportamentais de vítima e agressor passam também por uma escolha. Tais sujeitos têm suas demandas raramente atendidas de maneira efetiva. O que ocorre é exatamente o contrário: o tratamento dispensado revela a continuidade dos padrões estereotipantes nos processos criminais em que a mulher é vítima.

Deve o juiz quebrar com a concepção tradicional do Direito, que se mantém preso ao formalismo das leis. Que o rompimento dos padrões formais ocorra mais criticamente, que seja adotada uma postura reflexiva, cujo principal compromisso seja a realidade social brasileira, traduzindo um verdadeiro compromisso ético com a sociedade de seu tempo.

4. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que, no âmbito jurídico distante, está o sistema da justiça criminal em proteger os cidadãos de forma igual. Isso se dá porque ele utiliza um sistema retributivo, que previne através da aplicação de normas gerais e impessoais, atribuindo às normas penais a responsabilidade de serem aplicadas de forma igualitária. Utilizando a criminologia tradicional, trata determinados conceitos de forma a considerá-los qualidades naturais do sujeito, o que faz com que o Direito Penal reduza de forma fragmentária e artificial os comportamentos sociais negativos, bem como não identifica e nem tampouco questiona quais as necessidades individuais e comunitárias que seriam passíveis de uma justificação - ou em casos mais graves, de intervenção - institucional.

Tem-se um Direito Penal desigual, cuja proteção se dá de forma fragmentada. A sua aplicação ocorre em intensidade e interesses diversos que ocultam, na verdade, uma ideologia que privilegia e tutela a classe dominante - a qual se encontra imune do processo de criminalização - acabando por condenar aqueles que pertencem a classes subalternas.

Até recentemente, nos idos dos anos 80, ainda se utilizava como argumento da agressão masculina, a *legítima defesa da honra*, pela qual as mulheres transformavam-se em culpadas, e os réus, em homens íntegros, que apenas logravam defender a honra e o bom nome da família.

O Código Penal de 1940 expressa claramente o grau de discriminação existente na parte dos *Crimes contra os Costumes*, a própria denominação já se revela como discriminadora. Tais delitos deveriam estar na parte de Crimes contra a Pessoa, pois que eles constituem formas qualificadas de lesão corporal. Enquanto crimes contra os costumes, estes delitos se vêm limitados pelo fato de constituírem, geralmente, crimes de ação privada, conforme preceitua o art. 225.³⁵

³⁵ Este dispositivo prevê que tais delitos somente se procedem mediante queixa.

O argumento para que tais delitos sejam de ordem privada é que tais crimes atingem a honra da vítima (não o seu corpo físico e o seu psíquico), de tal modo que o Estado supõe que a punição do agressor interesse apenas à vítima e não ao conjunto da sociedade. O que se tem aqui é um verdadeiro incentivo cultural para a perpetuação do chamado *pudor feminino*, pois este tipo de ação expõe muito mais a mulher do que o homem, no caso de ação pública, transformando-a em alvo fácil para uma futura ameaça - além de sujeitar-se à vingança também.

Outra causa que contribui para a discriminação é a existência de um adjetivo a certos crimes: *honesta*, imprescindível para qualificar a mulher como vítima, e que remete à lógica da honestidade. Esta lógica circunda os crimes sexuais, sendo específica para este delito e baseia-se, essencialmente, na reputação sexual da vítima. Prevista no Código Penal, no título *Dos Crimes contra os Costumes*, vários delitos prevêem como vítima que a mulher seja *honesta*. E nos outros crimes sexuais que não incluem tal expressão, também tal lógica está presente, ainda que de forma indireta, pois somente as mulheres honestas é que podem ser vítimas de estupro. Essa lógica conduz a um processo seletivo da conduta da vítima, pois, ainda que de forma distinta, também é seletivo em relação ao sujeito ativo do delito.

A Constituição Federal de 1988 fez referência à violência doméstica, no art. 226, § 8º.³⁶ É uma das poucas, no mundo, que se refere de forma explícita à violência doméstica, incentivando o Estado a atuar nesta esfera. Tanto legítima o tema como oferece à sociedade civil um importante instrumento de controle da atuação do Estado. No entanto, quando o assunto é punição dos agressores, a coisa já se inverte. A criação de novas leis e de delegacias especializadas não levou necessariamente à punição dos culpados, o que conduz à necessidade de compreender a lógica existente no Poder Judiciário ao processar e julgar tais delitos. Talvez esta seja a questão que fragiliza os movimentos sociais: pouco conhecem sobre a esfera judicial. Só o

³⁶ Preceitua o artigo: *O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*

conhecimento desta área é que permitirá que se amplie a visibilidade das instâncias do poder público para que, com isso, ocorra um aprimoramento da cidadania da parcela feminina em nosso país.

Claro está que uma primeira compreensão geral do fenômeno da violência contra a mulher consiste na utilização do discurso de proteção à mulher para a reprodução ideológica do sistema penal, enquanto distribuidor desigual e seletivo de bens negativos e positivos também em função do sexo. A seletividade negativa de proteção à mulher está relacionada com a reprodução da mulher enquanto *mulher desvalorizada feminina submissa*. Neste contexto, é possível detectar a articulação de dois sistemas de controle social: um público, referente ao da justiça criminal *supostamente* legítima, e outro privado, da justiça doméstica ou comunitária.

Estes dois sistemas de controle reproduzem formas de violência que, ainda que em esferas distintas, relacionam-se direta ou indiretamente com a violência estrutural³⁷ e como que intrínseco à sua natureza, traduzem sempre repressão das necessidades reais do ser humano e, portanto, violação dos Direitos Humanos.

A seletividade do sistema da justiça criminal não fica restrita aos sujeitos, mas também ocorre com os tipos de violência, na medida em que somente alguns tipos são levados às suas agências formais, sendo possível constatar uma grande disparidade nas respostas que o sistema efetivamente oferece às demandas e nas situações em que é chamado a intervir e não o faz.

Observando a lógica de funcionamento do sistema penal, é possível dizer que, em grande parte dos casos, ele não atua como protetor de direitos humanos mas sim como violador destes.

³⁷ GALTUNG *apud* BARATTA define violência estrutural como a repressão das necessidades reais do homem e, devido a isso, dos direitos humanos no seu conteúdo histórico social e dela se originam todas as outras formas de violência como, p. ex.: a violência doméstica. BARATTA, Alessandro. *Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência real*. Alemanha, Universidade de Saarland, 1993. Tradução de Ana Lucia Sabadell. Mimeo.

Reputa-se necessária, a articulação de uma política de prevenção da violência, exigindo do Estado a criação de políticas públicas que atuem efetivamente em seu favor e não sejam transformados em poder alienado da vontade popular e dos interesses gerais. Mais do que isso, é dever do Estado assumir um modo de pensar a proteção dos direitos da mulher, não como retórica individual, mas sim como um problema geral que não possa ser reduzido a um discurso da sanção negativa que o Direito Penal oferece hoje. A retórica da punição acaba por servir, na verdade, para que não sejam oferecidas respostas ao problema das mulheres e, mais do que isso, passa a legitimar o próprio sistema penal na produção de uma série de outras desigualdades.

Entretanto, a realidade mostra que a mulher continua a não ter resposta alguma, do sistema penal, ao problema da violência que sofre, e resta a dúvida: muito embora seja este sistema ruim, que outro tipo de solução teriam os movimentos sociais que não fosse ele?

Talvez a saída possa ser dada pelo sujeito a partir das próprias condições que ele possui na sua frente: utilizar o próprio sistema penal para resolver o problema dos marginalizados. Esta é uma saída que, além de paradoxal, é perigosa e extremamente questionável. Por outro lado, é necessário dar uma resposta às pessoas que buscam no sistema penal uma esperança para solucionar os seus problemas.

Para que se torne menos perigoso utilizar o mesmo instrumento reprodutor da violência, talvez o discurso deva se preocupar com os limites de utilização desse sistema; vale dizer, deve-se analisar até onde é possível utilizá-lo. O limite está no próprio contexto da violência estrutural: utilizar o sistema penal posicionando-se contra todo tipo de alteração que viole os direitos humanos.

Diminuindo as ações negativas do sistema, transformando a retórica por punição do sistema, substituindo por ações afirmativas, tendo como perspectiva a atuação efetiva na proteção da mulher. Estas ações poderiam ter como principal objetivo a própria violência institucional contra a mulher que é vitimizada. Para isso, é necessário desconstruir o discurso machista, presente

nas instituições, (delegacias, por exemplo) que reproduzem o estereótipo de mulher. Mas para isso é necessário que se reconheça a existência real de discriminação contra a mulher.

Tal reconhecimento parece um processo extremamente difícil, ao se defrontar com um contexto sócio-econômico, composto por contradições sociais, profundas e antagônicas, e que têm no sistema jurídico um tratamento baseado em normas gerais e abstratas e uma elite que qualifica estas mesmas contradições não como desigualdades, mas sim como diversidades.

A partir do momento em que a construção da cidadania brasileira tiver como base o reconhecimento das desigualdades sociais existentes, poderá ser modificado. Caminho para isso já ofereceu a Constituição Federal de 1988 que nominou os sujeitos, distinguindo homens, mulheres, negros. A idéia de nação, p. ex.: poderá ser construída de forma que não esteja mais relacionada com uma certa aceitação do cidadão com relação ao poder, de legitimação da autoridade do Estado, mas sim como possibilidade de encontrar caminhos para os conflitos existentes.

Ao empreender tal caminhada, estará se direcionando à construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, que não mascara suas divisões, mas sim procura trabalhá-las para a efetiva garantia dos direitos. Nesse contexto, a mulher tem um papel importante. Vítima de violência constante, sua resposta ocorrerá quando se transformar em sujeito político, quando a mulher efetivamente se constituir como cidadã, como sujeito de direitos que sejam não só respeitados, mas também tenham suas demandas satisfeitas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Violência Sexual contra as mulheres e Sistema Penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina*, Florianópolis, Seqüência, 1996.
- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo, Mestre Jou, 1982.

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa*. IN -: Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1978. v.23, Jul./Dez. p. 7-21.
- _____. *Criminologia Crítica y Crítica del Derecho Penal: una introducción a la sociología jurídico-penal*, México, Siglo Veintiuno, 1991.
- _____. *Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal*, Alemanha, Universidade de Saarland, 1993. Tradução de Ana Lucia Sabadell. Mimeo.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1994.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, Rio de Janeiro, Renovar, 1988, 2a.ed.
- FARIA, Jose Eduardo. *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, São Paulo, Ática, 1995.
- HUNGRIA, Nelson & outros. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1981. Vol. VII, 5a. ed.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*, São Paulo, Atlas, 1993, Vol. 2.
- SILVA, Marlise Vinagre. *Violência contra a mulher: quem mete a colher?*, São Paulo, Cortez, 1992.